



תת"ע 6054/02/15 - מדינת ישראל נגד יונתן ארזואן

בית משפט השלום לתעבורה בבאר שבע

תת"ע 6054-02-15 מדינת ישראל נ' ארזואן
בפני כבוד סגן הנשיאה השופט אלון אופיר

בעניין: מדינת ישראל ע"י לשכת תביעות תנועה נגב

המאשימה

נגד

יונתן ארזואן ע"י ב"כ עו"ד אלמוג אזולאי

הנאשם

הכרעת דין

בפתח החלטתי הנני מודיע כי החלטתי לזכות את הנאשם בפרשה זו מהעבירה שיוחסה לו.

הקדמה -

תחילתה של פרשה זו באירוע נהיגה אשר התרחש ביום 1.1.15 עת נהג הנאשם רכב ובהתאם לתוצאות בדיקת נשיפה שבוצעה לו לגילוי כמות אלכוהול בליטר אויר נשוף, נמצאה רמה לכאורית של 405 מ"ג אלכוהול בליטר אויר נשוף.

הנאשם כפר בעבירה של נהיגה במצב שכרות (אף שהודה בעצם הנהיגה ברכב), בתקינות המכשיר, אמינות התוצאה וכן במיומנות המפעיל.

עם סיום פרשת התביעה קיבל בית משפט זה טענה של הנאשם לפיה אין עליו להשיב לאשמה.

הנאשם זוכה מכל אשמה בהחלטה מנומקת אשר ניתנה ביום 2.5.16.

במסגרת ערעור אותו הגישה המדינה, החזיר בית המשפט המחוזי תיק זה להמשך דיון בפני תוך שקבע כי על הנאשם להשיב לאישום בפרשה זו.

עת חזר תיק זה לדיון, לא ביקשה התביעה להוסיף כל עד לכתב האישום ולמעשה המשיכו הדיונים בתיק משלב "פרשת ההגנה".

ההגנה מצידה הודיעה כי הנאשם אינו מעוניין להעיד תוך שהכריזה על סיום פרשת ההגנה ללא כל עדות נוספת.



המדינה מצידה ביקשה לסכם טיעוניה ולאחריה סיכמה התביעה (שני הצדדים בכתב).

למעשה, איש מהצדדים בפרשה זו לא הוסיף כל ראייה או כל חוות דעת נוספת לאסופת הראיות אשר הוגשה לבית המשפט עד לסיום פרשת התביעה, וכל שקיבל בית המשפט בנוסף הם סיכומי הצדדים.

במצב המשפטי המתואר לעיל, אביא את עיקרי החלטתי כפי שניתנה במסגרת החלטתי לקבל את טענות ההגנה עת טענה כי אין להשיב לאשמה בפרשה זו, ולאחר מכן אבהיר האם מצאתי צורך לשנות נימוקים אלה בעקבות סיכומי הצדדים או החלטת הנאשם לא להעיד:

נקודת המחלוקת העומדת להכרעה בתמצית -

המדינה בראיותיה במהלך פרשת התביעה נשענה (כפי שהדבר נגד"כ בתיקים מסוג זה) על מערך ראיות כפול הכולל דוח פעולה באכיפת איסור נהיגה בשכרות (להלן - דוח מאפיינים) אשר סומן ת/5 וכן תוצאות בדיקת מכשיר DRAGER ALCOTEST 7110 MKIII IL (להלן - ינשוף) אשר סומנו ת/10.

ביחס לבדיקת המאפיינים טענה ההגנה (ובצדק) כי אין בה כל ראייה המצביעה על מצב של שכרות: לנאשם לא היה ריח של אלכוהול, הופעתו הייתה מסודרת, הוא הגיב לעניין, הנאשם עבר בהצלחה את מבחני הביצוע ולכן לא ניתן לקבוע או לבסס מצב של שכרות בהישען על ת/5.

ביחס לת/10 העלתה ההגנה טענה (אשר כפי שיוסבר להלן כבר הועלתה ולא הוכרעה בעבר בפסק דין מנחה על ידי בית משפט מחוזי) לפיה כאשר קיים פער העולה על 10% בין תוצאות בדיקה שמבצע מכשיר הינשוף, לפי תקנה 169ז(ב) בתקנות התעבורה, תשכ"א-1961 (להלן - בתקנות) המדובר במדידה פסולה:

תקנה 169ז(ב) בתקנות קובעת מפורשות:

"תבוצע בדיקה כפולה (DUPLICATE) לפחות של ריכוז אלכוהול בדוגמת האויר הנשוף של נבדק, ובלבד שמקדם השונות (coefficient of variation) של תוצאות בדיקה זו לא יעלה על 10 אחוזים למאה"

במילים אחרות, טענה ההגנה כי בפרשה זו ביצע מכשיר הינשוף שתי בדיקות לליטר האויר הנשוף שמסר הנאשם (בדיקה מסוג EC ובדיקה מסוג IR), ובין שתי מדידות/בדיקות אלה נמצא פער העולה על 10% מבחינת התוצאות שמופיעות בת/10. מצב זה נוגד את הקבוע בחוק, פוסל את תוצאת הבדיקה מלשמש כראייה למצב נטען של שכרות ובהעדר כל ראייה אחרת (שכן דוח המאפיינים אינו מאפשר הרשעה), יש לזכות את הנאשם.

המדינה בתשובתה לעמדת ההגנה טענה כי למעשה מבצע הינשוף מדידת IR בשני ערכים שונים ואילו בדיקת ה-
עמוד 2



EC מהווה רק סוג של "בטחון נוסף" לסוג החומר הנמדד.

לשיטת ההגנה יש לפרש את החוק באופן המשווה בין שתי בדיקות ה- IR ואין שתי בדיקות ה- EC ואין לבצע השוואה ב"הצלבה" בין סוג בדיקה אחד לסוג אחר.

במילים אחרות, טוענת המדינה כי אין כל פסול בתוצאות בדיקת הינשוף כפי שהן עולות מת/10 ולכן גם בהיעדר ראיה למצב שכרות כפועל יוצא של ת/5, הרי שניתן לבסס ראיות לכאורה נגד הנאשם בהישען על תוצאות הינשוף בת/10.

תיאור המצב המשפטי ביחס לטענות הצדדים בהרחבה -

לצורך הבנת טענות הצדדים, אבחן להלן את המצב החקיקתי ופסיקתי ביחס לסוגיה שהעלתה ההגנה: **הוראות החוק והתקנות -** סעיף 62 בפקודת התעבורה [נוסח חדש] תשכ"א-1961 (להלן - הפקודה) מונה שורה של עבירות, כאשר אחת מהן היא זו שלפי סעיף-קטן (3): **"הוא שיכור בהיותו נוהג של רכב, או בהיותו ממונה על הרכב, בדרך או במקום ציבורי..."**

"שיכור", על-פי סעיף 64 לפקודה, הוא אחד מאלה:

- (1) מי ששותה משקה משכר בעת נהיגה או בעת שהוא ממונה על הרכב;**
- (2) מי שבגופו מצוי סם מסוכן או תוצרי חילוף חומרים של סם מסוכן;**
- (3) מי שבגופו מצוי אלוהול בריכוז הגבוה מהריכוז שקבע שר התחבורה, בהתייעצות עם שר הבריאות ובאישור ועדת הכלכלה של הכנסת;**
- (4) מי שנתון תחת השפעת משקה משכר או תחת השפעת סם מסוכן, ובלבד שבבדיקת מעבדה לא נמצא שריכוז האלוהול בדמו נמוך מהסף שנקבע בתקנות לפי פסקה (3).**

תקנה 169ב(א) לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961 (להלן - התקנות) קובעת:

"לא ינהג אדם רכב בדרך או במקום ציבורי ולא יניעו אם הוא שיכור".

תקנת-משנה (ג) לתקנה הנ"ל קובעת כי לעניין סעיפים 62(3) או 64 לפקודת התעבורה -



"יראו אדם שיכור אם הוא נתון תחת השפעה של סמים משכרים או

מסוכנים או אם ריכוז האלכוהול אצלו עולה על המידה הקבועה".

ומהי אותה "המידה הקבועה"?

לפי תקנה 169א לתקנות ייחשב אדם שיכור אם ריכוז האלכוהול בדמו עולה על 50 מיליגרם אלכוהול במאה מיליליטר דם; או אם ריכוז האלכוהול באוויר שבְּרָאותיו עולה על 240 מיקרוגרם בליטר אוויר נשוף.

דבר מחוקק-המשנה הוא אפוא כי ריכוז אלכוהול באוויר נשוף מְרָאותיו של נהג בשיעור העולה על 240 מיקרוגרם לליטר אוויר מייצג מצב של "שכרות", ומי אשר נוהג במצב גופני שכזה עובר עבירה של נהיגה בשכרות.

לצורך מציאת מידת/כמות האלכוהול בדגימת אויר הניטלת מחשוד, עושה משטרת ישראל שימוש במכשיר ה"ינשוף" (אדגיש כי כיום הוחלף המכשיר והמכשיר נשוא פרשה זו כבר אינו בשימוש של משטרת ישראל, אף שהמכשיר החדש דומה מאד למכשיר בו נעשה שימוש בפרשה זו).

בעפ"ת 25457-04-10 מדינת ישראל נגד עינת מלכה עוזרי (להלן - פרשת עוזרי)

דן בית המשפט המחוזי (ירושלים) בהרכב של שלושה שופטים בהחלטת בית משפט השלום (שגם הוא דן בפרשת עוזרי בהרכב של שלושה שופטים) תוך שקבע בפסיקה מנחה את עקרונות השימוש במכשיר הינשוף (הישן).

הכרעת בית המשפט המחוזי בערעור המדינה, אמורה הייתה לשים סוף פסוק לכל הסוגיות המשפטיות אשר העסיקו שנים את מותבי התעבורה ברחבי הארץ ככל שהדבר קשור היה לשאלת אמינותו של מכשיר הינשוף ככזה המסוגל לתת תוצאת בדיקת אויר נשוף לגילוי אלכוהול ברמת וודאות המספיקה להליך פלילי.

וכך קבע בית המשפט המחוזי (ירושלים) בכל הקשור למכשיר הינשוף:

"מכשיר הינשוף (Alcotest 7110 Type MK III IL) (להלן - הינשוף) הנמצא בשימוש משטרת ישראל נועד למדידת כמות אלכוהול באמצעות נשיפה. הינשוף מיוצר על-ידי חברת דרגר (Dräger) הגרמנית. באב-הטיפוס של המכשיר נעשו התאמות שונות לפי דרישת משטרת ישראל, ומכאן הסיומת IL שזכה בה. האחזקה השוטפת והתיקונים של מכשירי הינשוף שבשימוש משטרת ישראל נעשים על-ידי מעבדת מחלקת התנועה במשטרה.

כך פועל הינשוף: הנבדק נושף אוויר מְרָאותיו אל צינורית אשר מחוברת למכשיר, באמצעות פיה סטרילית. האוויר נכנס אל תא מדידה. בתא מחומם האוויר ונמדד על-ידי שני חיישנים: חיישן EC המבצע בדיקה אלקטרו-כימית, על-ידי תא המייצר זרם חשמלי שעוצמתו משתנה בהתאם לכמות האלכוהול המזוהה. חיישן



זה נועד לוודא בעיקר את סוג החומר הנמדד (אלכוהול); וחישן IR הבודק את דגימת האוויר באמצעות הקרנת גלי אינפרא אדום על האוויר הנשוף. בדיקת החישן IR נעשית פעמיים; התוצאה הנמוכה מבין השתיים, היא הקובעת. תוצאות הבדיקה נרשמות ביחידות של 5 מק"ג. המכשיר 'מעגל' את התוצאות באופן אוטומטי כלפי מטה. למשל: תוצאה של 293 מק"ג תוצג כ-290 מק"ג. לצורך אימות כיולו של המכשיר נעשית לו בדיקת אימות אחת ליממה. גז יבש עם שיעור אלכוהול ידוע מוזרם אל תוך המכשיר מתוך בלון אימות, שהריכוז בו הוא בדרך כלל 350 מק"ג. אם זיהה המכשיר פער גדול מ-5% בין מדידתו-שלו לבין השיעור הידוע, הנקוב על הבלון עצמו, יודיע המכשיר על קיומה של תקלה וינעל....

בית משפט קמא השתכנע כי הינשוף מבצע את מלאכתו נאמנה ובאופן מדויק ברוב המוחלט של הבדיקות.

בהקשר זה קבע בית משפט קמא, כי הינשוף מסוגל לזהות מצב שבו מצוי אלכוהול בפיו של הנבדק. לפיכך אין לחשוש להטיית תוצאות הבדיקה בגינו. יתר על-כן, זמן ההמתנה של 15 הדקות עד לביצוע בדיקת הינשוף - ללא אוכל וללא משקה - על-פי הוראות היצרן, מעניק הגנה נוספת מפני חשש לקבלת תוצאה שגויה בשל שיירי אלכוהול בפיו של הנבדק. עוד קבע בית משפט קמא כי שיטת הבדיקה - שעל מרכיביה נעמוד להלן ביתר פירוט והסבר - המשלבת בין הגלאי האלקטרו-כימי (EC) לבין גלאי האינפרא-אדום (IR) מונעת תקלות של זיהוי חומרים שאינם אלכוהולים. כמו-כן נפסק כי רף האכיפה החדש שנקבע בפסק דינו (400 מק"ג) פותר לחלוטין את בעיית לחות הסביבה, ככל שזו קיימת, בתנאים סביבתיים של לחות גבוהה במיוחד (מעל 90%) או נמוכה במיוחד (מתחת 20%). עוד נקבע בפסק הדין, כי ההפרש בין טמפרטורת הגוף לבין טמפרטורת הסביבה אינו משפיע השפעה של ממש על התוצאה המתקבלת בינשוף. בית משפט קמא דחה גם את הטענה כי 'עיגול' תוצאות הבדיקה כלפי מטה ביחידות של חמישה מק"ג גורם לאפשרות של פער גדול מ-10% בין תוצאות מדידת שני החיישנים (IR ו-EC) הנ"ל. מדובר למשל במצב שהפער בין תוצאות שתי הבדיקות עומד על 10%, אך לאמיתו של דבר היה הפער גדול במקצת, ותוקן רק בגלל 'עיגול' התוצאות של הינשוף כלפי מטה ביחידות של חמישה מק"ג (אשר נועד לטובת הנבדק). אלא שנמצא כי ההשוואה בין המדידות נעשית לפני ה'עיגול' הנ"ל, וממילא אין בסיס לחשש שהעלתה המשיבה בעניין זה. גם טענת המשיבה באשר להשפעת השונות שבין מהירות הזרימה של האוויר של נבדק לבין זו של בלון הכיול נדחתה על-ידי בית משפט קמא, משום שהאוויר המוזרם למכשיר נאסף בתא מדידה עובר לבדיקתו, ובשל כך אין משמעות לקצב זרימתו. הדרישה לחייב את משטרת ישראל בחיבור מקלדת לינשוף אשר באמצעותה יוזנו הנתונים הרלוונטיים, הן במסגרת כיול המכשיר, הן במסגרת הבדיקה - נדחתה אף היא. בנוסף לכך קבע בית משפט קמא כי אין מניעה מלהשתמש בגז יבש לצורך כיול ואימות המכשיר, שכן מדובר בשיטה מדעית מקובלת בעולם, בדוקה ומוכחת. אשר לבדיקת האימות, קבע בית משפט קמא כי אין לדרוש מן המשטרה לבצע בדיקת אימות לפני כל מדידה, שכן הינשוף מתפקד כמכשיר נייד, ואמינותו אינה נפגעת מחמת ניידותו.

יחד עם זאת, טענות אחדות שטענה המשיבה על אודות הליקויים הטכניים שבינשוף, התקבלו על דעתו של בית משפט קמא. בהסתמך עליהן קבע כי הרף לאכיפה יעמוד על 400 מק"ג אלכוהול לליטר אוויר נשוף. אלו הן הטענות שהתקבלו, ואשר עיקר טענותיה של המדינה בערעורה מכאנות נגדן:

(א) אי רישום תוצאת בדיקתו של הגלאי האלקטרו-כימי (EC)

הינשוף, כאמור, מבצע את המדידה בשתי שיטות שונות. האחת מבוססת על הקרנת גלי אינפרא-אדום (IR)



והשנייה על תרגום אות כימי לחשמלי (EC). ברם, למעשה, תוצאת הבדיקה האלקטרו-כימית (EC) אינה נרשמת ואינה נלקחת בחשבון לצורך קביעת רמת האלכוהול.

בהתאם לתקנה 169ז(ב) לתקנות, נעשית לכל נבדק בדיקה כפולה, קרי, הוא נדרש לנשוף פעמיים אל תוך פיית המכשיר. אם הפער בין תוצאות שתי המדידות אינו עולה על 10%, תחשב המדידה לתקינה ותוצג התוצאה הנמוכה מבין השתיים. אלא שלצורך זה לוקח המכשיר בחשבון רק את שתי תוצאות מדידת חיישן האינפרא-אדום (IR), ואיננו מתחשב כלל בתוצאות מדידת החיישן האלקטרו-כימי (EC). זו משמשת רק לבדיקת בקרה, וכל עוד ההפרש בין תוצאותיה לבין תוצאות מדידת האינפרא-אדום, אינו עולה על 10%, תחשב הבדיקה לתקינה. שיעור ההפרש בין תוצאת המדידה האלקטרו-כימית לבין תוצאת מדידת האינפרא-אדום אף אינו נרשם. בית משפט קמא קיבל את טענת המשיבה כי אי-רישום תוצאת הבדיקה האלקטרו-כימית (EC) יכול לפגוע בזכויות הנבדקים, שכן ישנה אפשרות כי בגלאי האלקטרו-כימי (EC) נמדד שיעור אלכוהול הנמוך בכמעט 10% מן התוצאות שהוצגו בבדיקות חיישן ה-IR. מתוך הנחה כי יש לייחס מהימנות גם לבדיקה האלקטרו-כימית, קבע בית משפט קמא, כי מן הראוי שגם תוצאת בדיקת החיישן האלקטרו-כימי (EC) תבוא לידי ביטוי מפורש על גבי פלט הנתונים המודפס בגמר הבדיקה, כך שניתן יהיה להתחשב בה אם תהא נמוכה יותר. כל עוד תוצאת הבדיקה האלקטרו-כימית (EC) אינה נרשמת, יש לקחת בחשבון את האפשרות הנ"ל, ולהפחית באופן קבוע 10% מן התוצאה הסופית המוצגת על גבי צג המכשיר....

ניגש איפוא לבחון את הכרעותיו של בית משפט קמא לגופן, כשנקודת המוצא היא שתוצאת בדיקת הינשוף הריהי ראייה קבילה בהליך פלילי, בהתאם לתקנה 169ד(ב) לתקנות, והרמה הראייתית הנדרשת היא זו שמעבר לכל ספק סביר....

מצאנו לנכון לקבל את טענות המדינה בערעורה בכל הנוגע לשולי אי-הוודאות הספציפיים שקבע בית משפט קמא, ביחס לשני עניינים: האחד - אי-רישום תוצאת בדיקתו של הגלאי האלקטרו-כימי (EC); והשני - החלת מודל "חצוצרת הורוביץ". לעומת זאת, לא מצאנו מקום לקבל את עיקרי טענת המדינה נגד קביעות בית משפט קמא באשר לשולי אי-הוודאות שיש להביא בחשבון בגין אי-דיוק בלוני הכיול, למעט בהיבט אחד: העמדת שולי אי-הוודאות בעניין זה על 7% חלף 10% שקבע בית משפט קמא. נפרט להלן את מסקנותינו אלה:

אי-רישום תוצאת בדיקתו של הגלאי האלקטרו-כימי (EC)

המדינה קובלת על כי בית משפט קמא לקח בחשבון את המקרה הקיצוני ביותר כבסיס לקביעתו - את המצב שבו ימדוד הגלאי האלקטרו-כימי 10% פחות מן התוצאה הנמוכה מבין שתי מדידות חיישן האינפרא-אדום (IR). המדינה מדגישה כי במדינות רבות לא נעשה כלל שימוש בבדיקה אלקטרו-כימית, ומסתפקים בהן בבדיקת אינפרא-אדום אחת. נזכיר ונציין כי בדיקת ה-IR נעשית באופן שהינשוף מקרין גלי אור אינפרא-אדום על האוויר המכיל אדי אלכוהול ובדוק את כמות גלי האור אשר עברו דרך האוויר. לעומת זאת, בדיקת ה-EC נעשית באופן שבתא האלקטרו-כימי שאליו מוזרם האוויר המכיל אדי אלכוהול, נמדדת עוצמת התגובה



באלקטרוניות.

אכן, יש ממש בטענות המדינה בעניין זה. בית משפט קמא עצמו קבע כי בדיקת הגלאי האלקטרו-כימי (EC) לא נועדה אלא לשם בקרה. גלאי האינפרא-אדום (IR) אינו מזהה איזהו החומר העכור הנמדד במכשיר, אלא רק מסוגל לקבוע - ברמת דיוק גבוהה למדי - מהו שיעורו. על מנת לצאת ידי ספק שמא אין מדובר באלכוהול אלא בחומר אחר, נעשית בדיקה גם באמצעות גלאי אלקטרו-כימי, המסוגל לאפיין כי אכן מדובר באלכוהול. יצרן הינשוף מייצר גם מכשירים שאין בהם גלאי אלקטרו-כימי כלל, ומדינות רבות בעולם משתמשות בהם ומסתמכות עליהם דבר יום-ביומו. גם בסטנדרד הבין-לאומי נדרש גלאי אינפרא-אדום בלבד. המדינה החמירה עם עצמה, במובן זה שהזמינה מכשיר מדגם שעושה גם בדיקה אלקטרו-כימית, בנוסף לבדיקת האינפרא-אדום. עם זאת, הגלאי האלקטרו-כימי איננו מדויק במידה שגלאי האינפרא-אדום מדויק (אסמכתאות לכך מן הפסיקה בחו"ל ומדברי המומחה ד"ר יורגן זוהייש צוינו בה"ש 13 בפסקה 45 להודעת הערעור). לפיכך מתוכנת הינשוף כך שרק אם ישנו פער בשיעור העולה על 10% בין תוצאות המדידה של שני הגלאים, ייחשב הדבר לטעות המצדיקה את פסילת המדידה.

בית משפט קמא הסיק מכך כי ייתכן מצב שבו כמות האלכוהול האמיתית היא זו שלפי בדיקת הגלאי האלקטרו-כימי, בה בעת שגלאי האינפרא-אדום יראה תוצאה גבוהה ב-10%, ועל-כן קבע כי יש להוסיף מרווח ביטחון של 10% לכל מדידה.

בזאת ראינו להתערב ולשנות מפסיקת בית משפט קמא, משום שהמדידה המדויקת יותר, כאמור, היא מדידת האינפרא-אדום. המכשיר מודד פעמיים מדידת אינפרא-אדום, ולוקח בחשבון את התוצאה הנמוכה מבין השתיים; לטובת הנהג הנבדק. המדידה האלקטרו-כימית נועדה, כאמור, לבקרה בלבד, ואין הצדקה להפוך את מנגנון הבקרה לעיקר. הוא לא נועד אלא כדי למנוע טעויות גסות (בזיהוי החומר); לא כדי ליתן תוצאות מדויקות (לגבי שיעורו). הערעור מתקבל אפוא בעניין תוספת טווח הביטחון בשל המדידה האלקטרו-כימית.

מעבר לנדרש נציין כי המדינה הודיעה במהלך הדיון בערעור, כי בניגוד לדרך שבה פעלה עד כה, תתחיל מעתה לציין בפלט המכשיר גם את תוצאות בדיקת הגלאי האלקטרו-כימי, בהתאם להמלצת בית משפט קמא. שאלת מעמדן של התוצאות הללו - האם יילקחו בחשבון אם לאו - עדיין נתונה בבחינה (עמוד 74 לפרוטוקול). דבר זה לא נצרך, כאמור, לצורך הכרעתנו, אך נתוני בדיקת הגלאי האלקטרו-כימי יהיו גלויים וידועים מעתה לנהג הנבדק, ואף אם המשטרה לא תיקח אותם בחשבון, יוכל הוא-עצמו לבקש להסתמך עליהם או לטעון לגביהם בהליך המשפטי במידה שיחפוץ. "

מן המתואר לעיל בפרשת עוזרי עולה כי בית המשפט הבין והיה מודע לעובדה כי מכשיר הינשוף מתוכנת שלא לרשום את תוצאות בדיקות ה-EC על פלט הבדיקה ונוכח הצהרת המדינה כי להבא תשנה את תכנות המכשיר כך שתוצאות אלה יירשמו, בחר בית המשפט שלא להכריע בסיטואציה עתידית (שלא הייתה קיימת עדיין בפרשת עוזרי) והיא נפקותן של תוצאות אלה אם יופיעו בעתיד בפלטים.

בית המשפט המחוזי כן קבע כי אם בעתיד יירשמו תוצאות בדיקת ה-EC על פלט הינשוף, או אז יהיה רשאי הנהג (הנאשם) לבקש להסתמך עליהם או לטעון לגביהם בהליך המשפטי ככל שיחפוץ.



המלצתו של בית המשפט המחוזי בפרשת עוזרי לבצע תיקון של החוק (תיקון של תקנה 169ז') על מנת שזה יתאים לדרך הפעולה של מכשיר הינשוף - ביצוע שתי בדיקות נפרדות לאותו ליטר אויר נשוף, ומתן תוצאות נפרדות לבדיקות אלה - לא בוצעה או אומצה עד ליום זה.

והנה הגיע ההליך המשפטי בו "הרימה ההגנה את הכפפה" אותה השאיר בית המשפט המחוזי ללא הכרעה.

טרם אמשיך בניתוח טענות ההגנה ובהכרעתי בטענות אלה, ראוי להדגיש כי לאחר פרשת עוזרי משטרת ישראל אכן עמדה בהבטחתה, שינתה את תכנות מכשיר הינשוף, ולאחר הפסיקה בפרשת עוזרי החל להופיע על כל פלט ינשוף (כפי שניתן לראות בברור בת/10) ערכי בדיקת ה-IR ולצד בדיקות אלה מופיעות גם התוצאות של בדיקת ה-EC.

עמדת ההגנה בהרחבה בהישען על החוק והפסיקה בעניין עוזרי -

ההגנה בטיעוניה (הן עת טענה שאין להשיב לאשמה והן בסיכומיה לאחר פרשת ההגנה) טוענת טענה משפטית פשוטה הנשענת על תקנה 169ז(ב) בתקנות התעבורה.

אין חולק כי החוק אוסר פער של יותר מ-10% בין תוצאות בדיקה כפולה של אויר נשוף המבוצעת לנהג.

אשאר ב"צריך עיון" את הגדרתו של המחוקק עת התייחס בניסוח החוק לחישוב של "מקדם שונות" (coefficient of variation) שכן בהתאם לפרשת עוזרי לא תוכנת כלל מכשיר הינשוף לביצוע תחשיב סטטיסטי זה (חישוב המחייב בדיקת נתון בודד מול ממוצע הנתונים האחרים ובדיקה על ידי נוסחה עד כמה חריג אותו נתון ב"אוכלוסיה" הנדגמת). מוסכם על הצדדים הן בפרשת עוזרי והן בפרשה זו (לפי טיעוני הצדדים בסיכומיהם) כי אסור פער העולה על 10 אחוז בין שתי תוצאות שנתקבלו מדגימת אויר אחת. מחלוקת הצדדים היא בשאלת יכולת ההצלבה של הנתונים: המדינה סבורה כי אסורה השוואת נתוני IR לנתוני בדיקת ה-EC ואילו ההגנה אינה מוצאת בחוק כל איסור כזה.

לטענת ההגנה, החוק שותק ואינו מגדיר אילו מבין הבדיקות המבוצעות לנהג יש להשוות ולבדוק כי פער שאינו עולה על 10% אכן נשמר.

בכל נשיפה שנושף חשוד למכשיר ינשוף מתקבלים שני ערכי אלקוהול הנובעים כל אחד מבדיקה אחרת - תוצאה לבדיקת EC ותוצאה לבדיקת IR.

מאחר והחוק מחייב ביצוע שתי נשיפות (רק שתי נשיפות - בדיקה כפולה לריכוז אלקוהול - תחשב בדיקה תקינה) יופיעו לאחר הנשיפה השנייה שתי תוצאות נוספות של רמת אלקוהול, תוצאת בדיקת ה-EC ותוצאת בדיקת ה-IR.

במצב המתואר לעיל, בכל בדיקת ינשוף יופיעו בפלט הרלוונטי 4 תוצאות ערכי רמת אלקוהול של בדיקות ליטר אויר עמוד 8



נשוף ראשון (2 ערכים) וליטר אויר נשוף שני (2 ערכים נוספים).

לשיטת ההגנה, ולאור שתיקת המחוקק על רקע ההחלטה של בית המשפט המחוזי בפרשת עוזרי, אסור שיהיה פער של יותר מ-10% בין כל אחת מארבעת הבדיקות לכל בדיקה אחרת בתוך אותה רביעייה.

ההגנה מחזקת טענתה בהצגת נהל מכשיר הינשוף (בעברית ובאנגלית) לפיו בתום תהליך מוצלח של מדידת חשוד, יציג המכשיר כתוצאת אלוהול רלוונטית את התוצאה הנמוכה מבין ארבעת התוצאות.

משטרת ישראל בתגובתה לטענה זו של ההגנה לא הכחישה טענה זו ולמעשה אין חולק כי מכשיר הינשוף וכתב האישום הנובע מתוצאותיו מייחס לנאשם את ערך האלוהול הנמדד הנמוך ביותר מבין ארבעת תוצאות הבדיקות שמבצע הינשוף.

דין והכרעה בטענות ההגנה אל מול תגובת המדינה -

בכדי להכריע בטענה שמעלה ההגנה בפרשה זו, החלטתי לבחון את הטענה "מחוך לקופסה".

מאחר והמדובר בסוגיה העוסקת במדידה מדעית של ריכוז חומר ובשאלת דיוק התוצאה של אותו ריכוז נטען, לא שונה הדבר בעיני ממדידה של כל ערך אחר דוגמת משקל ושאלת הדיוק במדידה זו.

לצורך הבנת הטענה נניח כי אנו מבקשים לדעת את משקלה המדויק של אבן ספציפית.

החוק יקבע כי לצורך קבלת דיוק מרבי של תוצאת השקילה תבוצע זו באמצעות שתי שקילות נפרדות ובלתי תלויות. נניח כי הגוף השוקל (וכדי לדייק ככל הניתן את תוצאות השקילה) מחליט לעשות שימוש במאזניים דיגיטליות וכן במאזני קפיץ. בדיקה זו תבוצע פעמיים בכל מאזניים.

נניח כי החוק יאסור פער העולה על 10% בין תוצאות השקילות, שכן פער כזה יעיד על חוסר דיוק בהכרח של התוצאה המוצגת.

בהנחה שמשקלה האמתי הנכון של האבן יהיה 100 קילו, הרי שכל ארבעת התוצאות שנקבל בשני מכשירי השקילה יהיו צריכות להיות בפער שלא יעלה על סטייה של 10% זו מזו.

במילים אחרות - תוצאות שקילה 90, 95, 96, 97 יתקבלו כתקינות ואילו תוצאות

90, 95, 110, 100 יהיו בלתי תקינות שכן קיים פער של יותר מעשרה אחוז בין שתיים מהבדיקות הקיצוניות (בין 90 ל-110).



האם יהיה זה סביר לטעון כי בשל העובדה כי שתיים מהבדיקות בוצעו במשקל דיגיטלי ושתיים במאזני קפיץ תהיה הצדקה שלא להשוות את כל ארבעת הבדיקות?

ככל שהגוף השוקל בחר לבחון את משקל האבן באמצעות שתי שיטות שקילה המניבות תוצאה, אמור הוא לעמוד מאחורי תוצאות אלה ככפופות לתנאי של היעדר סטייה גדולה מדי בין התוצאות, זאת אלא אם החוק עצמו הריג במפורש שיטת שקילה נתונה כבלתי קבילה.

האבן היא אותה האבן, משקלה הוא אחד, וככל ששיטות השקילה שונות, עדיין צריכות הן להניב תוצאה שהפער ביניהן לא יעלה על 10%.

ומהדוגמה לעיל בחזרה למכשיר הינשוף -

טוענת המדינה, וגם בית המשפט בפרשת עוזרי (מקבל טענה זו) כי בדיקת ה-EC פחות מדויקת מבדיקת ה-IR, ולמעשה תפקידה המרכזי הוא לאמת כי ה"חומר" הנמדד הוא אכן אלכוהול ולא חומר אחר. בדיקת ה-IR, היא לשיטת המדינה זו אשר מבצעת את דיוק המדידה ושם אסור שיהיה פער של 10% בין שתי תוצאות ה-IR.

המדינה מאשרת כי מכשיר הינשוף יפסול אוטומטית כל סטייה העולה על 10% בין בדיקות ה-IR.

אולם, טענת המדינה בפרשת עוזרי וגם בתשובתה לטענות ההגנה בפרשה זו, לחלוטין אינה עולה בקנה אחד עם הראיות שהציגה בת/10 ועם אופן הפעלת מכשיר הינשוף הלכה למעשה לאחר פרשת עוזרי:

עובדתית החלה המדינה לאחר פרשת עוזרי לרשום את **תוצאות בדיקת ה-EC** לא כאינדיקציה לזיהוי סוג החומר הנמדד כאלכוהול אלא **כמדידה עם ערך מספרי לכל דבר ועניין**.

במקום להציג שתי תוצאות IR כפי שהיה בעבר (בפרשת עוזרי) החלה המשטרה באמצעות הינשוף שתוכנת מחדש, להציג שתי תוצאות IR ושתי תוצאות EC.

המשמעות הפרקטית היא כי לאחר פרשת עוזרי מציגה המדינה כראייה ארבע תוצאות של מדידת אלכוהול (הנגזרות משתי נשיפות סמוכות זמן למכשיר הינשוף) **כאשר לכתב האישום תכנס כערך נמדד תוצאת המדידה הנמוכה ביותר מבין ארבעת הבדיקות שמבצע הינשוף**.

המדינה עצמה אינה מתייחסת לפעולת חישוב ה-EC כאינדיקטור כללי לנוכחות אלכוהול אלא כחישוב לגיטימי למדידת ערך אלכוהול על בסיסו ותוצאתו נרשם לא פעם ערך האלכוהול בכתב האישום עצמו. (כך אגב גם במקרה ספציפי זה בו יוחסה לנאשם בכתב האישום תוצאת ה-EC ולא ה-IR).



פועל יוצא של מצב זה הוא אחד:

בהתאם לחוק, אסור שיהיה פער של יותר מ-10% בין ארבעת המדידות שמבצע הינשוף.

הטענה לפיה חובה להשוות את מדידת ה-IR רק למדידת ה-IR האחרת אינה עולה בקנה אחד עם הוראות החוק. מצב זה התאים לפלטי הינשוף הישנים אשר נכחו עת נכתבה ההחלטה בפרשת עוזרי ואין לטענה זו עוד מקום ברגע שנוספו גם ערכים חד משמעיים של בדיקת EC.

מרגע שהחלה המשטרה (וטוב שכך) להציג גם את תוצאות בדיקת ה-EC, רשאי נאשם לפי החלטת בית המשפט המחוזי להישען גם על ערך מוצג זה לטובתו ככל שערך זה אינו עולה בקנה אחד עם הוראת החוק המפורשת.

לו היה המחוקק מתקן את החוק (את תקנה 169ז(ב)) וקובע כי יש להתעלם מבדיקת ה-EC או לחליפין יקבע כי פער של 10% יהיה רק בין שתי בדיקות מאותו הסוג, או אז לא הייתה נשמעת טענת ההגנה כרלוונטית.

כל עוד המצב החקיקתי נותר ללא שינוי ולאור החלטת בית המשפט המחוזי בפרשת עוזרי, הרי

שבפער העולה על 10% בין כל אחד מארבעת מדידות ינשוף למדידה אחרת בתוך אותה רביעייה, תתחייב פסילת המדידה מכח החוק.

ומן הכלל אל הפרט לאחר שלא נוהלה פרשת הגנה ולאחר שלא הוצגה כל ראיה נוספת לאחר הדיון בבית המשפט המחוזי-

לנאשם בפרשה זו בוצעו שתי נשיפות למכשיר ינשוף.

בנשיפה הראשונה בשעה 01:07 נמצאה רמה של 450 מיקרוגרם אלכוהול בבדיקת IR.

בנשיפה השנייה בשעה 01:10 נמצאה רמה של 405 מיקרוגרם אלכוהול בבדיקת EC.

החוק אינו מגדיר האם הפער של 10% ימדד מהערך הנמוך לגבוה או ההפך (ומתמטית יש לכך חשיבות עצומה) לכן, תילקח לטובת הנאשם דרך החישוב הנוחה לו -

40.5 מיקרוגרם הם עשרה אחוז מהערך הנמוך ולכן כל תוצאה העולה על 445.5 מיקרוגרם בבדיקה נוספת מבין עמוד 11



ארבעת הבדיקות תהווה תוצאה החורגת מטווח הסטייה המכסימאלי הקבוע בחוק.

בפרשה זו 450 מיקרוגרם אלכוהול מהווה חריגה אסורה לפי תקנה 169 ז (ב) ולכן מדידת הינשוף בתיק זה נפסלת על ידי מלשמש כראייה למצב של שכרות כנגד הנאשם.

בהינתן כי בדיקת המאפיינים שבוצעה לנאשם תקינה לחלוטין, **ולאחר שהמדינה לא ביקשה להביא כל עדות מומחה נוספת או כל עדות אחרת לאחר פרשת ההגנה**, נותרה המדינה ללא ראיות כנגד הנאשם בכל הקשור להגדרתו כשיכור עת נהג ברכב.

טענת המדינה לפיה די ב"הודאת" הנאשם עצמו כי שתה שני בקבוקי בירה 10 דקות לפני נהיגתו, נדחית על ידי.

שתיית אלכוהול אינה אסורה בהתאם לחוק טרם הנהיגה. המחוקק החליט לאפשר שתיית אלכוהול טרם הנהיגה וזאת בכפוף לכך שרף האלכוהול לא יעלה על המותר בחוק.

במקרה זה כאמור דוח המאפיינים של הנאשם היה תקין לחלוטין, תוצאות בדיקתו הראו על פער בלתי תקין בין שתי בדיקותיו (מה שהוביל בהתאם לחוק לפסילת תוצאות הינשוף). אין למעשה כל אינדיקציה ראייתית הקושרת נאשם זה למצב של שכרות או היותו תחת השפעת אלכוהול אסורה עת נהג ברכב.

בנוסף, צודקת ההגנה בטעוניה לפיהם כפר הנאשם גם בתקינות המכשיר המודד, ואילו התביעה מצידה לא הגישה במערך ראיותיה כל תע"צ המעיד על תקינות המכשיר המודד.

ההגנה אמנם הסכימה כי במסגרת זכות העיון הועברו לידיה שלושה תעצ"ים שונים, אך בסופו של יום אף לא אחד ממסמכים אלה לא הוגש לבית המשפט כראייה לתקינות המכשיר המודד.

בנסיבות אלה, גם תקינותו של המכשיר המודד לא הוכחה על ידי המדינה.

אין אני מוצא בהחלטת הנאשם שלא להעיד בפרשה זו משום חיזוק משמעותי לראיות התביעה שכן אין בראיות שהוצגו דבר ממשי אותו ניתן לחזק. בהיעדר בדיקה תקינה וכאשר דוח המאפיינים תקין, הרי שאין בשתיקת הנאשם כדי לחזק מצב ראיתי זה לחובתו עד כדי הפיכת המצב הראיתי הנתון למצב של הרשעה.

המדינה לא הוכיחה מעבר לכל ספק סביר כי הנאשם היה שיכור עת נהג ברכב בפרשה זו, לא הוכיחה כי הנהג היה תחת השפעת אלכוהול חריגה, ולא הוכיחה כי המכשיר המודד היה תקין. אני מזכה את הנאשם מהאישום המיוחס לו בפרשה זו.



זכות ערעור לצדדים תוך 45 יום מהיום.

ניתנה היום, כ"ג תשרי תשע"ט, 02 אוקטובר 2018, בנוכחות
הצדדים.